

LA EXTINCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL Y SU EFICACIA EN OTROS ESTADOS

LEGAL EFFECTS OF THE DISSOLUTION OF A MARRIAGE FOR OTHERS FOREIGN COUNTRIES

Rev. boliv. de derecho n° 17, enero 2014, ISSN: 2070-8157, pp.114-147



Juan Enrique
MEDINA
PABÓN

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de agosto de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 20 de septiembre de 2013

RESUMEN: Mientras el matrimonio celebrado en el extranjero es aceptado sin mayor oposición y pocas formalidades por los otros Estados; la disolución del matrimonio consolidada bajo las reglas de una Nación, requiere de su adopción formal del país receptor a través de un exequátur. Con todo, por no ser divisible el estado civil, la aceptación de la disolución del matrimonio en algunos lugares y en otros no, genera personalidades jurídicas “esquizoides”, socialmente patológicas y perjudiciales para los ex-cónyuges y familiares, por lo que se requiere un remedio uniforme, eficaz, y de fácil aplicación, como se propone en este trabajo.

PALABRAS CLAVE: Estado civil, registro civil, divorcio, anulación del matrimonio, ley personal, estatuto personal, exequátur, situación jurídica, relación jurídica, Derecho privado internacional.

ABSTRACT: While a marriage celebrated in a foreign country, is accepted by other states without major opposition and few formalities; the dissolution of a marriage performed under the Law of one country, requires the exequatur of the recipient country in order to be formally adopted. So, being the marital status not divisible and the dissolution of the marriage being accepted by some places and not by others, all this results in “schizoid” legal personalities, socially pathological and harmful for the ex-spouses and family members; therefore, it is required a uniform, effective an easy to apply remedy, such as the one proposed in this paper.

KEY WORDS: Civil status, civil registry, divorce, marriage annulations, personal law, personal statute, exequatur, legal status, legal relationship, private international law.

SUMARIO: I. Introducción.- II- Hechos y actos que conducen a la extinción del vínculo matrimonio y las diferencias de tratamiento.- III. Adopción o rechazo de las decisiones de terminación del vínculo matrimonial por otros Estados.- IV. Consecuencias jurídicas del rechazo de una decisión sobre estado civil. Una visión empírica de la problemática que se plantea.- V. El estatuto personal y su alcance. ¿Existe un reconocimiento de este estatuto? - VI. Posesión (notoria) del estado civil ante el Derecho internacional privado. 6. Una propuesta, a manera de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN.

El matrimonio, entendido como la unión heterosexual¹ de adultos procreativos, excluyente y pública, es una institución creación estrictamente político-jurídica, que a pesar de ajustarse a una tendencia de buena parte de la humanidad, nadie sabe, y posiblemente nunca llegue a saber, cuál es la conducta natural en estas materias, porque no acababa de gestarse la civilización cuando aparecieron los primeros condicionamientos sociales y cada cultura le imprimió sus propias características, en materia de generación de la vínculo, calidades de las partes, número de sujetos, fidelidad y efectos económicos.

El régimen jurídico de la institución matrimonial comenzó como todas las instituciones del Derecho privado influida por el misticismo y la consagración religiosa propia de cada pueblo, lo que hacía que el mundo quedara dividido dos: los propios, es decir aquellos que están sometidos a las reglas particulares del Estado y sus deidades y los extraños que ni siquiera podían acercarse a esas normas, porque terminarían ofendiendo a los creyentes. En esas épocas pretéritas cada pueblo se encerraba en su propio nicho (era su forma de garantizar la supervivencia) y para pasar de un lugar a otro de manera voluntaria tenían que mediar poderosas fuerzas que se tenían por épicas.

Luego llega Roma a la escena mundial y si bien empezó en el campo del Derecho de la misma manera que los demás pueblos, relativamente pronto pasa a ser una ciudad abierta y llena de extranjeros por lo que las instituciones empiezan a ser moldeadas por prácticas ajenas que los llevan a abandonar las consagraciones religiosas para buena parte de las relaciones jurídicas interpersonales. En el matrimonio esto se

I El reconocimiento de la unión homosexual tiene menos tiempo que los ordenadores personales.

• Juan Enrique Medina Pabón

Abogado egresado y Profesor Emérito de la Universidad del Rosario en Bogotá. Catedrático de "Introducción al Derecho; Derecho romano, Derecho civil personas y familia, obligaciones y acto jurídico". Entre sus publicaciones están: "Aproximación al Derecho y Derecho de Personas", 3ª ed., 2011; "Derecho de Familia", 3ª ed., 2011; "Régimen de personas con discapacidad", 2006. En el campo profesional ha ejercido como asesor de diversas entidades públicas y privadas por más de 35 años. Premio docencia de excelencia Juan Agustín Uricoechea.

dio por una vía indirecta y posiblemente sin que mediara la influencia extranjera, al abandonarse las formas primarias en las que el *paterfamilias* obtenía la *manus* sobre su esposa y dar pleno reconocimiento a las uniones *sine manu*, exentas de ritual, generadas con base en acuerdos sencillos de tipo contractual (contratos de matrimonio, promesas o entregas de dote) y alguna ceremonia de ingreso a la familia del marido (*deductio in domo*) haciendo universal esa modalidad de matrimonio.

Caído el Imperio, la civilización entró en el retroceso medieval, y la religión, en este caso la cristiana, imprimió su peculiar sello al matrimonio y a renglón seguido los prosélitos de las diversas religiones y sectas hicieron otro tanto, llevando que cada Estado tuviera la forma matrimonial de la convicción religiosa del gobernante tanto en la conformación y efectos, como en la disolución, que no coincide e incluso choca, con el sistema jurídico de otra parte. Ya para la época de La Ilustración, se propone una reglamentación laica del matrimonio decidida por cada Estado lo que acentúa aún más la distancia que ya venía presentándose en materia de régimen de los matrimonios y sus efectos, para aquellas personas que tienen un vínculo matrimonial establecido y regulado por otras disposiciones.

Correspondió a la doctrina jurídica ocuparse, sin llegar a una solución, del tratamiento a aquellos matrimonios que de una manera que contradicen el Derecho o la moral social de otro, como sucede hoy con el matrimonio de impúberes o impuesto contra la voluntad de los contrayentes, buscando soluciones que tienen un alcance más práctico que jurídico. Bástenos hacer referencia a la tolerancia que tuvo Francia con el matrimonio poligámico de los argelinos que en una época en que estos eran su colonia y todavía más interesante el matrimonio “teatral” que se celebra en Las Vegas entre disipación y banalidad.

En otro aspecto, una persona por el simple hecho de ser tiene ciertas calidades jurídicas, con el carácter de elementos esenciales o *atributos de la personalidad*, que lo habilitan para ser receptor de las reglas de Derecho (capacidad de goce) o incluso para llegar a ser actor poniendo en ejercicio directo la norma (capacidad de ejercicio); una de cuyas manifestaciones es el *estado civil* que determina la situación de un sujeto en su familia ante la sociedad, que lo habilita para tener ciertos derechos y le impone cargas, obligaciones y restricciones de actuación². Determinan el estado civil el nacimiento, el matrimonio y la muerte, así como todo otro hecho o acto que incorpore a un individuo a una familia o lo sustraiga de ella.

2 En diferentes legislaciones dentro del estado civil las condiciones de capacidad, e incluso nacionalidad y domicilio. En este escrito, siguiendo la doctrina colombiana, el estado civil se toma en su sentido más restringido de la “situación de un sujeto en su familia” ante la sociedad (art. 1º, Dec. 1260/70) porque, individualidad, capacidad, nacionalidad y domicilio se consideran atributos autónomos de la personalidad. Medina, J. E. *Aproximación al Derecho, Derecho de Personas*. Bogotá (2011): Editorial Universidad del Rosario, 720.

Ahora bien, celebrado un matrimonio bajo cualquier modalidad la pareja queda **casada** ante todos y los demás pueblos acogen sus efectos de modo directo³; y así debe ser porque un matrimonio es un tipo de unión que imprime en el individuo una condición familiar particular, **oponible** ante todos, para lo favorable o lo desfavorable y, gráficamente hablando, “lo sigue como su sombra”; luego, consolidada una situación relativa al estado civil no debe ser interferida:

“El estado civil de las personas adquirido conforme a la ley vigente en la fecha de su constitución, subsistirá aunque aquella ley fuere abolida; pero los derechos y obligaciones anexos al mismo estado, las consiguientes relaciones recíprocas de autoridad o dependencia entre los cónyuges, entre padres e hijos, entre guardadores y pupilos, y los derechos de usufructo y administración de bienes ajenos, se regirán por la ley nueva, sin perjuicio de que los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley anterior tengan cumplido efecto” (inc. 2°, art. 1649 CC Co).

Como el estado civil del individuo tiene una considerable trascendencia para la sociedad, poco a poco fueron estableciéndose algunos sistemas confiables de prueba, exigiendo ciertas formalidades para los actos que generen o modifiquen ese estado; con participación de la autoridad religiosa o secular de manera directa o indirecta en la constatación de los hechos. A la par se generó, prácticamente todas partes, un sistema de “archivo y difusión” de la información con los principales datos del individuo y su familia que conocemos como el **Registro Civil**, a cargo de funcionarios públicos y de libre consulta, de modo que la información oficial puede transferirse a diversos documentos que sirven para acreditar el estado civil de una manera más o menos ágil, según las disposiciones propias de cada régimen (Dec. 1260/70 Co.; L. de 25 Nov. 1898 Bo.; arts. 325–332 CC y L. de 17 Jun. 1870 Es.).

El Derecho local, decíamos, ha adoptado diversas fórmulas para el reconocimiento y prueba de los atributos de la personalidad e incluso no tiene inconveniente en dar pleno reconocimiento a la mayoría de las situaciones de estado civil que alguien nacional o foráneo adquiera de acuerdo con otro régimen, siempre que se cumplan algunos requisitos burocráticos tendientes a constatar la situación. El estado civil de casado proviene de un acto formal que se puede realizar en un país o en otro, y luego de la inscripción en los registros respectivos, la pareja pasa por casada ante todos los demás países del orbe, y si decide viajar sea por turismo o en alguna forma de radicación permanente, se aceptará su condición sin mayor discusión, y podrá obtener las ventajas o cargas que un determinado país reconozca para los casados sin requerir más que la prueba de su condición y por eso si va a tributar lo

3 El asunto no es tan pacífico como aquí aparece y por eso no es raro que algunos Estados puedan desconocer el matrimonio celebrado en otro, como sucede incluso en Colombia que puede ampararse en el art. 11 del Tratado de Derecho Civil Internacional, Montevideo 1889, cuando se violen reglas sobre edad, parentesco, bigamia y crimen. Similar regla se contempla en el Código de Bustamante (art. 40), adoptado por buena parte de los países latinoamericanos (no Colombia).

hará como casado, pero también tendrá derecho a las ventajas consagradas en la legislación local para la familia.

Repasemos someramente los efectos generales que se derivan del estado civil de casado, poniendo nuestra mirada en un matrimonio “occidental” como unión pública, singular y excluyente, de apoyo y auxilio mutuos, encaminado a satisfacción sexual; aunque, con esta modernidad que nos aqueja, empieza a ser atrevido sostener su vocación de permanencia y el propósito natural de la procreación.

a) Forma una estructura jurídica de pareja que, en general, se toma en muchos aspectos como un único elemento social, con transferencia y comunicación de derechos y cargas, la vivienda es común y tienen el deber de recibirse uno al otro en el hogar. También aparece en algunas legislaciones el apellido familiar que se compondrá en la forma que lo determine la ley o la costumbre.

b) Cada cónyuge se integra a la familia del otro, en la generación del parentesco afín o político, que se refleja en reglas sobre impedimentos matrimoniales o inhabilidades para la celebración de otros actos jurídicos.

c) Se generan deberes de auxilio y socorro mutuos y a la prole, incluyendo el deber de trato comedido y solidario.

d) Hay exclusión de los demás sujetos en materia sexual y si algún tercero accede a los miembros de la pareja infringe la norma jurídica⁴.

e) El vínculo jurídico de la pareja permanece aun cuando de hecho o de Derecho exista una separación de cuerpos temporal o definitiva de los cónyuges.

f) Se conforma una masa patrimonial de diverso alcance por la transferencia indiscriminada de elementos económicos entre los miembros de la pareja.

g) Da origen a la presunción de filiación paterna respecto de los hijos concebidos o nacidos durante la vigencia de la unión⁵.

Disuelto el vínculo, el grueso de esas relaciones desaparecen y los sujetos vuelven a tomar su camino autónomo que bien podemos llamar un “antiestado civil” de casado. La mayor parte de estos efectos desaparecen y nada impide el establecimiento de una nueva relación marital.

4 Ciertamente en ésta época no es fácil sostener que existe el deber de fidelidad, pero sí existe y tiene consecuencias jurídicas porque todavía la infidelidad es causal de divorcio en muchas partes.

5 También tienen derecho de adoptar hijos, sin tener que cumplir requisitos de permanencia de la condición de pareja.

La disolución del matrimonio, consolidada bajo las reglas del país en que se celebró el matrimonio, no presenta mayores dificultades en materia de aceptación a nivel internacional, pero cuando la disolución se produce por disposición judicial u otros actos, bajo las reglas de un Estado diferente al de la celebración, la situación es a otro precio, porque en esta materia impera la visión “egocéntrica” de aplicación del Derecho local, que plantea la libertad del Estado de los contrayentes o del lugar dónde se celebró el matrimonio de negarse a aceptar la disolución del vínculo.

El problema radica en que, independientemente de la teoría jurídica o política, en el asunto del estado civil no caben los “medios tonos” porque como se indicó arriba se trata de un elemento inherente a la condición de persona, de modo que sencillamente es o no es. La escisión del estado civil, además de dejar al sujeto inestable balancín jurídico, puede traer serias repercusiones para los intereses de las personas e incluso lesionar los derechos fundamentales de los interesados.

Cualquiera imagina que el estado civil podría adquirirse y modificarse en cualquier parte del universo y una vez establecido debería serlo para todos y ante todos (nacimiento y muerte, los principales hechos determinantes de estado civil no conocen fronteras), pero se lleva la sorpresa de que la legislación positiva no sigue esta lógica y se preguntará: ¿Porqué no se aplica en la disolución del matrimonio el principio de a hechos iguales igual Derecho?

II. HECHOS Y ACTOS QUE CONDUCEN A LA EXTINCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIO Y LAS DIFERENCIAS DE TRATAMIENTO.

El matrimonio nace de un acuerdo de voluntades del que deriva una relación jurídica *sui generis*, tanto en lo personal como en lo patrimonial, de tracto sucesivo y término indefinido, que termina por un considerable número de circunstancias, y sí hay un tema complejo, discutido y cambiante en cada Derecho local es precisamente éste de la extinción del vínculo matrimonial, por lo que al llevar la cuestión al plano de la multiplicidad de concepciones y regímenes jurídicos, hay para rato⁶. Mucho nos gustaría hacer un estudio comparativo sobre el tema, pero en estos trabajos hay que ser concretos y por eso tenemos que hacer un bosquejo rápido de la problemática.

El matrimonio termina por los hechos (la *muerte real*) que cambia el estado civil de manera incuestionable y ni siquiera hay que pensar en que haya colisión de normas, muerto un cónyuge en un Estado y probada (registrada) esa circunstancia, muerto para todos Estados. Pero también existe la posibilidad de tomar por fallecido a un

6 Por razones que desconozco, buena parte de las legislaciones positivas y los tratados de Derecho internacional privado reducen el tema de la terminación del matrimonio al divorcio o cuando más a la nulidad, pero no puedo menos que atribuirlo a una condenable falta de inquietud científica ya que si estaban metidos en el tema, la lógica mandaba que hicieran cuando menos el elemental ejercicio que aquí hacemos.

individuo cuando lleva mucho tiempo desaparecido —**muerte presunta** por ausencia— y no todas las legislaciones admiten que la declaración disuelva el matrimonio.

Por otra parte cuando se presentan fallas o vicios en el acto que da origen al matrimonio, se aplican las reglas de la ineficacia y la invalidez que en estas materias y que tienen como resultado la terminación del vínculo existente debemos distinguir entre varias figuras cercanas pero de diverso alcance.

La **inexistencia** del matrimonio que se presenta cuando en la celebración del matrimonio se presentan fallas tan protuberantes en los aspectos esenciales que no permiten dar por sentado que hubo acto, ni reconocer efecto alguno⁷. Un matrimonio inexistente no produce efecto jurídico alguno y en teoría no habría necesidad de declaración judicial, pero no pocas veces se requiere, porque su apariencia da pie a que el Estado o terceros de buena fe realizaran actuaciones, que hacen imprescindible la declaración.

Se tiene también la figura de la **nulidad**, que presupone un matrimonio que se realizó contra las prescripciones del Derecho y por eso está afectado en su legitimidad, que en un asunto tan importante como el matrimonio, requiere su consagración legal expresa⁸. En esto los regímenes jurídicos se dividen entre aquellos que pregonan nulidades matrimoniales de pleno Derecho, que impiden que tomar el acto como válido —**nulidad absoluta o simple nulidad**— y otras fallas que solamente pueden ponerse de presente mediante la declaración judicial —**nulidad relativa o anulabilidad**—⁹, mientras que otros regímenes jurídicos se inclinan por que todas las fallas que se puedan presentar al momento de celebración del matrimonio requieren siempre declaración judicial, de modo que todo matrimonio queda cobijado por una validez provisional (acto putativamente válido) hasta tanto se produzca la decisión judicial de anulación y por ende la nulidad solo tendrá efectos hacia el futuro —**ex nunc**—.

También existe la posibilidad de poner fin al matrimonio válido mediante el **divorcio** y cada sistema jurídico establece de modo positivo cuáles son las causas que lo justifican. Así, hay sistemas jurídicos que sólo permiten el **divorcio sanción**, es decir, cuando alguno de los cónyuges actúa de manera tan cuestionable que es preferible

7 Esta teoría fue propuesta por el profesor de la Universidad de Heidelberg Karl Salomo Zachariä (1769-1843) quien encontró que el matrimonio entre personas del mismo sexo no se incluía en la lista de nulidades, de modo que propuso que cuando un acto no cumpliera con sus características esenciales se tuviera como ineficaz para todos los efectos jurídicos. AA.VV. *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XV. Buenos Aires (1961): Editorial Bibliográfica Argentina, 641- 642

8 Buena parte de los tratadistas clásicos franceses, con Laurent a la cabeza, acuñaron el principio no hay nulidad (matrimonial) sin texto, que luego fue combatida por juristas posteriores, que trataron de imponer teoría de las nulidades matrimoniales virtuales sin ningún éxito, toda vez que nada es ilegal si no está prohibido, como se sostiene desde la Revolución francesa. Ripert, G y Boulanger J. *Derecho Civil*, t. II, vol. I°. Buenos Aires (1963): Ediciones La Ley, 284-287. Trad. Delia García Daireaux.

9 Para los chilenos y colombianos, no se puede hablar de nulidades absolutas o relativas en el matrimonio ni se aplican las reglas generares de invalidez de los actos jurídicos. Somarriva Undurraga M. *Derecho de Familia*, Santiago (1963), Editorial Nascimento, 78 - 79.

aceptar la ruptura y otras legislaciones en las que se admite, además, que hechos meramente accidentales den lugar a la terminación —**divorcio remedio**—, y en ocasiones se permite que las partes determinen cuándo ponen fin al matrimonio procediendo de común acuerdo —**disenso**—, o incluso de manera unilateral por solicitud de cualquiera de los cónyuges —**repudio**—¹⁰.

Excepcionalmente algunas legislaciones contemplan la pérdida de efectos, cuando el matrimonio está supeditado a una condición extintiva en el evento de no ser ratificado en cierto plazo, como en el evento de ser celebrado de urgencia —**in extremis**—, y no se produce la muerte que se temía del cónyuge.

Aunque, en lo personal no soy amigo de los cuadros comparativos, el que sigue permite visualizar como tres regímenes muy próximos como el boliviano, el español y el colombiano divergen considerablemente.

En materia de muerte real o declarada por virtud de la ausencia prolongada no encontramos diferencias porque en los tres sistemas jurídicos estos hechos extinguen el vínculo matrimonial¹¹.

Inexistencia del matrimonio

De la **inexistencia** hay que decir que las legislaciones no se ocupan de este tema y ha sido la doctrina la que hace el planteamiento con diversos matices y soluciones, pero en general un matrimonio es inexistente cuando no se dan los elementos esenciales, Estimo que estos elementos son acuerdo real de voluntades, diferencia de sexos cuando se trate de un matrimonio heterosexual (supongo que cuando se celebre uno homosexual, la falla sería precisamente que los sexos no sean coincidentes), singularidad del acto matrimonial, unión personal, forma solemne aceptada por la ley¹².

En el Derecho Boliviano el matrimonio que no ha sido celebrado ante el funcionario del registro o por personas del mismo sexo, es nulo absolutamente, y su declaración puede declararse de oficio por el juez, o por solicitud del ministerio público o cualquier persona (Art. 78 C. de Fam. Bo.).

En España el consentimiento matrimonial es requisito esencial (art. 45 CC Es.), y por eso la ausencia de dicho consentimiento la tomo como inexistente¹³, con todo si lo que se presenta es una falla que lo afecte el matrimonio es nulo (n° 1°, art. 73 CC Es.).

10 Véase Mizrahi, M. L. *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Buenos Aires (2006): Editorial Astrea, 313 - 361.

11 En Colombia lo dispone el actual art. 152 CC (art. 5° L. 25/92), en España el actual art. 85 CC y en Bolivia, si bien no encuentro una norma expresa, las consultas que he realizado me permiten concluir que el matrimonio termina con la declaración de fallecimiento presunto.

12 Medina, J. E. *Derecho de Familia*. Bogotá (2011): Editorial Universidad del Rosario, 62-64

13 Díez Picazo L. y Gullón A. *Sistema de Derecho Civil*, IV. Madrid (1988):Tecnos, 76

En cuanto a la nulidad, todos los regímenes de Derecho escrito tienen un completo listado de vicios que afectan la legitimidad del acto. En muchas legislaciones, incluida la Canónica, se acostumbra mencionarlas como impedimentos, ya que quienes se encuentran en estas circunstancias no pueden contraer matrimonio, con todo, no todos los impedimentos tienen la misma entidad por lo que los hay **dirimentes** (su infracción origina la nulidad del acto) y otros son apenas **impedientes**, respecto de los cuales la nulidad (anulación) sólo se produce a petición de parte, pueden sanearse con dispensa y eventualmente por el paso del tiempo o la ratificación. El Derecho positivo colombiano no se utiliza esa clasificación, aunque es corriente entre los doctrinarios hacerlo por remembranza del matrimonio canónico, que por muchos años rigió el matrimonio para la mayoría de la población.

Sin embargo, el Derecho positivo distingue entre la nulidad insaneable o insubsanable que de presentarse conduce forzosamente a la nulidad y la nulidad saneable que puede eliminarse por diversos modos.

Son causales de nulidad insaneable en Colombia (anulabilidad absoluta en Bolivia).

Nulidades insubsanables (impedimentos matrimoniales)		
Colombia	España	Bolivia
1.- Parentesco consanguíneo: Se impide el matrimonio en toda la línea recta y hasta el segundo grado en la línea colateral (hermanos). Se extiende a los consanguíneos que han salido de la familia (núm. 9º, art. 140 C.C Co.).	Consanguinidad: Igual para la línea recta y se extiende hasta el tercer grado en la línea colateral (hermanos, tíos-sobrinos). En el grado tercero de consanguinidad, puede haber dispensa, ya ab initio o durante el matrimonio (núm. º 1º, art. 47 CC Es.).	Consanguinidad: Toda la línea recta y la colateral hasta el segundo grado (art. 47 C. de Fam. Bo.).
2.- Parentesco afín o político en el primer grado en la línea recta (suegros y yernos-nueras) (núm. 2º, art. 13 L. 153/1887 Co.).	Afinidad: No es i m p e d i m e n t o matrimonial ¹⁴ .	Afinidad: Es impedimento en toda la línea recta, pero puede ser dispensada por el juez con conocimiento de causa (art. 48 C. de Fam. Bo.).

14 Esta causal fue eliminada por la ley 21 de 1981.

<p>3.- Parentesco por adopción que impide el matrimonio entre el (la) adoptante y el adoptivo (a) o la que fue esposa del adoptante¹⁵ (núm. 11, art. 140 CC Co.).</p>	<p>Adopción: Impedimento en toda la línea recta¹⁶ (núm. 1º, art. 47 CC Es.).</p>	<p>Adopción: Tiene un preciso listado de impedimentos – Adoptante, adoptivo y sus descendientes; hijos adoptivos de una persona; adoptado y los eventuales hijos del adoptante; y adoptivo y ex cónyuge del adoptante o adoptante y ex cónyuge del adoptivo–. El juez puede dispensar algunos impedimentos (art. 49 C. de Fam. Bo.).</p>
<p>4.- Matrimonio precedente vigente. (impedimento de bigamia), mientras uno o ambos tengan matrimonio precedente vigente, así ese primero sea nulo pero no se haya declarado la nulidad (núm. 12, art. 140 C.. Co.).</p>	<p>Bigamia: Se da el mismo tratamiento a la bigamia (núm. 2º, art. 46 CC Es.).</p>	<p>Bigamia: Se da el mismo tratamiento a la bigamia, pero el juez podrá pronunciarse sobre la validez del matrimonio anterior (arts. 46 y 82 C. de Fam. Bo.).</p>
<p>5.- Crimen. Se predica para el <i>conyugida</i> y por eso es nulo el matrimonio con cualquier persona¹⁷ (núm. 8º, art. 140 CC Co.).</p>	<p>Conyugicidio: Aunque es causal de nulidad, este impedimento es dispensable judicialmente (núm. 3º, art. 47 CC Es.).</p>	<p>Conyugicidio: Esta causal es especial porque se predica de quien “ha sido condenada por homicidio consumado contra el cónyuge de la otra”, planteando una presunción de complicidad (art. 50 C. de Fam. Bo.).</p>

15 Aunque se discute si al haberse asimilado el parentesco por adopción al consanguíneo por el Código de Infancia y Adolescencia (núm. 2, art. 64 L. 1098/06), el impedimento matrimonial derivado de la adopción se extiende a la línea recta y los hermanos adoptivos.

16 Al igual que en Colombia no queda claro si por la asimilación del adoptivo a la familia de sangre quedaron cobijados los colaterales adoptivos. Albaladejo M. *Curso de Derecho Civil* (T. IV), Barcelona (1997). J. M. Bosch editor, 95.

17 La Corte Constitucional colombiana dejó este impedimento parcialmente subasable, porque el cónyuge de buena

Nulidades subsanables		
Colombia	España	Bolivia
1.- Edad. No pueden contraer matrimonio los menores de 14 años, pero si, llegando a esta edad se mantiene la convivencia por más de 3 meses, se valida el matrimonio ¹⁸ . La nulidad la pueden pedir los contrayentes cuando adquieran capacidad) o sus representantes legales (núm. 2, art. 140 CC Co.)	Edad. Están impedidos de casarse los menores no emancipados, pero puede dispensarse para mayores de 14 años ¹⁹ . Mientras dura la minoría de edad la nulidad la pueden pedir sus representantes legales. Se subsana por la convivencia de un año luego de cumplida la mayoría de edad (núm. 4º, art. 73 y art 76 CC Es.)	Edad. No puede contraer matrimonio el varón menor de 16 años o la mujer menor de 14. Puede dispensarse por causas graves (art. 44 C. de Fam. Bo.).
2.- Sanidad mental. Cobia las personas con discapacidad mental absoluta al momento de celebrar el acto (demencia) o los interdictos ²⁰ . No se indica cómo se convalida a pesar de la clase de nulidad, pero se estima que es ratificable o se sana por la convivencia, cesando el impedimento ²¹ núm. 8º, art. 140 CC Co.)	Demencia Se predica de los contrayentes afectados en su capacidad al momento de celebrar el acto. No se extiende automáticamente a los interdictos (núm. 4º, art. 73 y art 76 CC Es.).	Demencia Se predica de los contrayentes interdictos por enfermedad mental. Los afectados mentalmente al momento de contraer, afectarían la voluntad exigida para la validez del matrimonio. Se sana con la cohabitación si se revoca la interdicción (art. 85 C. de Fam. Bo.)

fe que se casa con el conyugida solamente puede promover la acción nulidad dentro de los tres meses siguientes al momento en que se enteró del crimen cometido por su pareja y además no sería declarable de oficio por el juez –Sent C-271 de 2003–.

18 Por sentencia C-08 de 2010 de la Corte Constitucional, el embarazo de la mujer ya no sana el matrimonio de menores de 14 años.

19 La emancipación puede darse en España desde los 16 años, pero se produce *ipso iure* a los 18.

20 En Colombia las personas con discapacidad mental absoluta interdictas, pueden contraer matrimonio, siempre que lo hagan ante un Juez de Familia y luego de determinada pericialmente su aptitud mental (art. 50 Ley 1306/09 Co.). Esta posibilidad se abrió pensando en sujetos con deficiencias mentales que no les impidan comprender o tienen en intervalos lúcidos, respondiendo de esta manera a las recomendaciones de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU – 2006).

21 Desde 1936 en Colombia las nulidades absolutas por incapacidad absoluta son saneables por ratificación y prescripción, lo que sumado a que esta causal no está en la lista de las insubsanables permite esta apreciación.

<p>3.- Error. Se trata de error <i>in persona</i>. Se subsana con la convivencia luego de percatado el error y no puede alegarse sino por el que padeció el error (n° 1°, art. 140 C. C. Co.).</p>	<p>Error. Cobija tanto el error in persona como en las calidades esenciales del contrayente, y se subsana por la convivencia de un año después de percatado el error (núm. 4°, art. 73 y art 76 CC Es.).</p>	<p>Error. Es error <i>in persona</i>. Se subsana con la convivencia luego de percatado el error y no puede alegarse sino por quien sufrió el error (art. 86 C. de Fam. Bo.).</p>
<p>4.- Fuerza y raptó. El matrimonio afectado con estas fallas puede sanearse con la convivencia por un término de 3 meses una vez ha cesado. Solo puede alegarse por el afectado (núm. 5° y 6°, art. 140 CC Co.)</p>	<p>Fuerza o violencia. Es vicio de la voluntad y se subsana por la convivencia de un año después de percatado el error (n° 5°, art. 73 y art 76 CC Es.).</p>	<p>Fuerza. El matrimonio afectado con estas fallas puede sanearse con la convivencia por un término de 3 meses una vez ha cesado. Solo puede alegarse por el afectado (art. 86 C. de Fam. Bo.)</p>
<p>5.- Juez y testigos incompetentes Esta causal de nulidad se predica del matrimonio celebrado ante un juez que no sea competente para celebrar estos matrimonios, pero siempre que sea juez o notario público (porque de no serlo el matrimonio se toma como inexistente por ausencia de forma). Se sanea cumpliendo la ceremonia, lo que hace el matrimonio eficaz desde el primer momento (núm. 1°, art. 13 L. 153/1887 Co.).</p>	<p>F u n c i o n a r i o habilitado Esta causal se refiere a todo matrimonio celebrado ante funcionario incompetente y testigos inhábiles, pero no se prevé saneamiento de la causal (núm. 3°, art. 73 CC Es.).</p>	<p>Funcionario habilitado esta causal es de nulidad (no de anulación) y es insaneable, como anotamos al hablar de la inexistencia (art. 83 C. de Fam. Bo.).</p>

En Bolivia la impotencia **–coeundi–** previa al matrimonio y la esterilidad **–impotencia generandi–** por carencia de órganos reproductivos puede dar lugar a la nulidad el matrimonio, a petición de la parte no afectada. En caso de carencia de órganos reproductivos la nulidad solo puede proponerse dentro de los 3 meses siguientes al momento en que esa parte conoció del defecto (art. 88 C. de Fam. Bo.), pero no se indica si la supresión voluntaria de los órganos reproductivos para control de la fecundación o como medio terapéutico se incluyen dentro de las causales de nulidad a posteriori y tampoco si el consentimiento previo del cónyuge subsana la causal.

Causales de divorcio		
Colombia	España	Bolivia
1.- Sexo extramatrimonial. Pluralidad de relaciones sexuales que implique quebrantar el deber de fidelidad (núm. 1º, art. 154 CC Co.).	Luego de la vigencia de ley 15 de 2005 el divorcio puede ser solicitado unilateralmente o de común acuerdo, sin aducir causa alguna. Si el divorcio unilateral se solicita antes de finalizar los 3 meses de celebrado el matrimonio, se deberá justificar el divorcio, como riesgo para integridad, seguridad o sanidad que afecte gravemente a uno de los miembros de la pareja (art. 86 CC Es.).	Adulterio. De cualquiera de los miembros de la pareja e incluye expresamente el homosexualismo (núm. 1º, art. 130 C. de Fam. Bo.).
2.- Incumplimiento de los deberes maritales, siempre que sea grave e injustificado, aunque doctrinariamente no se acepta la compensación de culpas (núm. 2º, art. 154 CC Co.).		Abandono del hogar injustificado (malicioso) que se mantenga por más de 6 meses luego del requerimiento formulado por el otro cónyuge, o se reitere (núm. 5º, art. 130 C. de Fam. Bo.).

3.- Maltrato físico o psicológico , si con ellos se impide la paz y el sosiego domésticos (núm.3,art. 154 CC Co.)		Intento de conyugicidio; daños morales o materiales; maltrato, sevicia o injurias graves que hagan intolerable la vida en común (núms. 2° y 4°, art. 130 C. de Fam. Bo.).
4.- Adicción a las drogas psicoactivas . Esta causal se encuentra dividida en Colombia entre alcoholismo y las demás drogas, por razón de la ilegitimidad del consumo de las demás drogas (núm. 4° y 5°, art. 154 CC Co.)		No es causal directa.
5.- Enfermedades o lesiones permanentes , tanto físicas como mentales, que pongan en peligro al otro cónyuge e imposibiliten la vida en común (núm. 6°, art. 154 CC Co.).		No es causal.
6.- Promoción de la corrupción entre cónyuges o con la familia nuclear (núm. 7°, art. 154 CC Co.).		Corrupción y prostitución . Incluye la tolerancia con esas actitudes adoptadas <i>motu proprio</i> por los familiares (núm. 5°, art. 130 C. de Fam. Bo.).
7.- Separación de cuerpos , por más de dos años, de haber sido declarada judicialmente o de hecho (núm. 8°, art. 154 CC Co.).		Separación de cuerpos , consentida por las partes y continua por más de dos años (art. 131 C. de Fam. Bo.).

8.- Mutuo disenso , manifestado ante juez o notario (núm. 9º, art. 154 CC. y art. 34 L. 962 Co.).		No es causal
--	--	--------------

Ni en Colombia ni en Bolivia se contempla el divorcio por petición unilateral como en España.

Finalmente están las escasas disposiciones sobre matrimonios de vigencia condicional²² como nuestro matrimonio *in extremis*:

“Cuando alguno de los contrayentes o ambos estuvieren en inminente peligro de muerte, y no hubiere por esto tiempo de practicar las diligencias de que habla el artículo 130, podrá procederse a la celebración del matrimonio sin tales formalidades, siempre que los contrayentes justifiquen que no se hallan en ninguno de los casos del artículo 140. Pero si pasados cuarenta días, no hubiere acontecido la muerte que se temía, el matrimonio no surtirá efectos, si no se revalida observándose las formalidades legales” (art. 164 CC Co., texto del art. 14 L. 1ª/76).

La inexistencia y las nulidades de pleno derecho en el matrimonio, en teoría, no permiten la ocurrencia jurídica del acto, operan de pleno Derecho y no tendrían que ser declaradas por el juez —el acto es inoponible a partes y terceros—, lo que no evita que en muchos casos sea necesaria una actuación judicial que permita constatar la realidad y retirar del mundo jurídico efectos tanto a futuro, como algunos pasados que eventualmente se hayan producido.

La nulidad o anulación, requiere en todos los casos la decisión judicial mediante sentencia de carácter declarativo y que pone fin a la relación, hacia futuro, como es lo propio en toda relación jurídica de tracto sucesivo.

El divorcio vincular establecido en prácticamente todas las legislaciones modernas, inicialmente con cierto resquemor, pero cada vez con más fuerza y aceptación, por lo general requiere una declaración judicial, especialmente cuando hay una atribución de culpabilidad o no hay acuerdo entre los cónyuges, pero las legislaciones que nos sirven de base para este estudio permiten el divorcio por mutuo acuerdo ya ante

22 Veo que en Chile el matrimonio religioso, parece haber quedado condicionado a la ratificación de la voluntad matrimonial ante el funcionario del Registro Civil (debe hacerse dentro de los 8 días siguientes a la ceremonia religiosa), aunque existen dudas sobre las consecuencias jurídicas de la falta de la ratificación por olvido, fuerza mayor o la negativa directa a hacerlo de uno o ambos cónyuges. Ramos, R. *Derecho de Familia*, t. I. Santiago (2011); Editorial Jurídica de Chile, 64-65.

un juez (es regla general) o ante un funcionario administrativo, con un carácter contractual.

Retomando el Derecho colombiano (y avergonzado de confesar mi débil manejo del régimen jurídico de los amables anfitriones) se tiene que los jueces deciden: a) la declaración de muerte presunta; b) todas las nulidades del matrimonio²³, que no se hayan saneado, cuando ello sea posible) y c) El divorcio vincular incluido el de común acuerdo, pero es de recordar que los cónyuges pueden declarar este último ante notario por medio de escritura pública.

No hay disposiciones procesales relativas a la inexistencia del matrimonio, en parte porque no es imprescindible tal declaración, pero de requerirse el único competente para constatar la situación es el juez (de familia) y se sometería al proceso ordinario. La resolución del matrimonio celebrado *in articulo mortis*, no requiere declaración judicial y basta probar que la muerte que se esperaba no ocurrió y no hubo ratificación del matrimonio.

Pero aquí hay que hacer notar que las sentencias no tienen la misma connotación, porque mientras algunas se limitan a constatar alguna circunstancia (inexistencia, nulidades de pleno Derecho, condición resolutoria) y declarar formalmente su ocurrencia, otras sí son constitutivas de la disolución (declaración de las nulidades saneables o anulabilidades relativas, divorcio contencioso) y en otras el juez apenas se limita a dar la eficacia requerida a los acuerdos que ponen fin al matrimonio, más cerca de una *auctoritas*, que a un fallo (divorcios de común acuerdo).

Por otra parte, en Colombia se admiten y producen plenos efectos los matrimonios celebrados ante algunas confesiones religiosas, según lo autoriza la Constitución Política (art. 42) siempre que éstas hayan celebrado “tratado de derecho internacional o convenio de derecho público interno con el Estado colombiano”. La regla general es que los efectos civiles de estos matrimonios son regidos por la ley civil, de modo que en materia de disolución del vínculo se aplicarían las mismas reglas del matrimonio civil, pero las nulidades y su declaración están sometidas reglas propias de cada religión (art. 146 CC Co., en el texto del art. 3 de la Ley 25/92)²⁴.

Según el Concordato vigente con la Santa Sede, la nulidad del matrimonio canónico quedó de competencia de los tribunales eclesiásticos²⁵ y las decisiones

23 La norma colombiana sobre declaración de nulidades insaneables se limita a facultar al juez para decretar la nulidad de oficio, pero no deja claro si esta declaración la puede hacer cualquier juez y algunos piensan que si se puede (porque las nulidades absolutas las declara cualquier juez), pero ello daría lugar a que la declaración de nulidad que se decretara por un juez que no sea de familia, sólo tendría efectos *inter partes* y no *erga omnes*, como es imperativo tratándose de un tema de estado civil.

24 Aun cuando en Bolivia tiene validez el matrimonio religioso que se realiza en regiones apartadas (art. 43 C. de Fam. Bol.), no se indica si la nulidad de este matrimonio la pueden declarar las autoridades del culto.

25 Algunas confesiones religiosas cristianas celebraron un convenio de Derecho público con el Estado colombiano con el objeto de ser habilitadas para celebrar matrimonios civilmente eficaces, y con ellas se acordó que las

que se tomen en estas materias terminan siendo Derecho interno colombiano, por lo que no hay requisitos de recepción o ratificación por parte de los jueces o autoridades civiles que se limitan a proceder a ordenar la ejecución de aquellos efectos civiles. En estas materias se ha aceptado que el matrimonio canónico celebrado en Colombia pueda ser anulado por cualquier autoridad eclesiástica católica de cualquier país, sin necesidad de exequátur bastando solicitar a los tribunales civiles su ejecución ya que se aplican en su integridad las disposiciones canónicas.

Aunque no tenemos reglas internas generales sobre la competencia de los tribunales locales para pronunciarse respecto sobre todos los eventos que llevan a la disolución del matrimonio celebrado en el extranjero, la jurisprudencia ha considerado que los jueces colombianos son competentes para decidir sobre la existencia y validez de tales matrimonios sirviéndose, del principio *au contraire* y extensión de la regla sobre los divorcios decretados en el exterior sobre matrimonios celebrados en Colombia, que al respecto dispone:

“El divorcio del matrimonio civil celebrado en el extranjero se regirá por la ley del domicilio conyugal.

Para estos efectos, entiéndese por domicilio conyugal el lugar donde los cónyuges viven de consuno y, en su defecto, se reputa como tal el del cónyuge demandado”²⁶ (art. 163 CC, texto del art. 13 L. 1ª/76).

“El divorcio decretado en el exterior, respecto del matrimonio civil celebrado en Colombia, se regirá por la ley del domicilio conyugal y no producirá los efectos de disolución, sino a condición de que la causal respectiva sea admitida por la ley colombiana y de que el demandado haya sido notificado personalmente o emplazado según la ley de su domicilio. Con todo, cumpliendo los requisitos de notificación y emplazamiento, podrá surtir los efectos de la separación de cuerpos” (art. 164 CC Co., texto del art. 14 L. 1ª/76).

De conformidad con las reglas procesales colombianas el juez competente para decidir el divorcio es el juez de familia del domicilio conyugal (fijado por las partes de común acuerdo) pero en el evento de separación legal o de hecho de la pareja, será competente el juez del domicilio del demandado. Por analogía esta regla se aplica a todos los procesos en los que un juez deba declarar el divorcio, por otra

nulidades de tales matrimonio se ventilaran ante los jueces de familia y bajo las reglas civiles; pero no se cayó en cuenta que los matrimonios religiosos están sometidos a la forma religiosa, y un matrimonio confesional puede fallar por ese aspecto (ministro de culto competente, condición de prosélito de la religión, cumplimiento del ritual, presencia de testigos calificados, etc.) y por eso ser nulo, pero no habría como declararlos nulos con base en la ley civil que tiene requisitos formales diferentes.

26 El inciso primero del art. 107 del CC español: “La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual del matrimonio y, si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes Estados, por la ley española, siempre que los Tribunales españoles resulten competentes”.

parte, el divorcio que se tramita ante notario (igual que en España lo califican de **express** por su celeridad) no tiene reglas sobre la radicación o las condiciones del matrimonio, de modo que la respectiva escritura puede otorgarse en cualquier lugar de Colombia o ante el funcionario que haga las veces de notario en el exterior (el cónsul).

Mientras las causales divorcio en derecho colombiano son de tipo abierto, lo que lleva a que la valoración de la conducta que produce la terminación quede en la mayoría de los casos a discreción del juez en lo cualitativo como en lo cuantitativo, las otras causales de extinción del vínculo matrimonial (nulidad, muerte presunta, caducidad del matrimonio *in extremis*) son menos amplias y en buena parte se limitan al reconocimiento de hechos.

2. Adopción o rechazo de las decisiones de terminación del vínculo matrimonial por otros Estados.

Cuando el matrimonio se celebra bajo las disposiciones de un Estado, pero se disuelve bajo las reglas de otro, en cualquiera de las modalidades anotadas puede ser necesario que el país del matrimonio acoja la decisión y seguramente otros Estados cuando haya factores de conexión que así lo exijan por razón de las partes o por los efectos de la decisión²⁷.

Como la mayoría de los actos que ponen fin a un matrimonio provienen de una declaración judicial, para que esta decisión llegue a ser aplicable en otro país, principalmente en el lugar en que se celebró el matrimonio, debe procederse al exequátur, que se concederá en Colombia si existen tratados con el Estado en que se originó la providencia²⁸ o en su defecto por el principio de la reciprocidad dando cabida al exequátur con aquellos países que aceptan las sentencias proferidas por tribunales colombianos (art. 606 Código General del Proceso, Co.).

“Para que la sentencia extranjera surta efectos en el país, deberá reunir los siguientes requisitos:

I. Que no verse sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en territorio colombiano en el momento de iniciarse el proceso en que la sentencia se profirió.

27 El Código De Bustamante, declara en su art. 53: “Cada Estado contratante tiene el derecho de permitir o reconocer o no, el divorcio o el nuevo matrimonio de personas divorciadas en el extranjero, en casos, con efectos o por causas que no admita su derecho personal”.

28 Colombia tiene un tratado con España sobre aplicación de sentencias (1909) y ha adherido a las convenciones de Montevideo (1889 y 1979) y el Tratado de Caracas (1911) sobre ejecución de sentencias en los países adherentes y tiene otros bilaterales. Monroy Cabra, M. G. *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Bogotá (2012): Editorial Temis, 296.

2. Que no se oponga a leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las de procedimiento.

3. Que se encuentre ejecutoriada de conformidad con la ley del país de origen, y se presente en copia debidamente legalizada.

4. Que el asunto sobre el cual recae, no sea de competencia exclusiva de los jueces colombianos.

5. Que en Colombia no exista proceso en curso ni sentencia ejecutoriada de jueces nacionales sobre el mismo asunto.

6. Que si se hubiere dictado en proceso contencioso, se haya cumplido el requisito de la debida citación y contradicción del demandado, conforme a la ley del país de origen, lo que se presume por la ejecutoria.

7. Que se cumpla el requisito del exequátur'' (art. 606 Código General del Proceso, Co.).

La autoridad judicial local, en este caso la Corte Suprema de Justicia puede abstenerse de aceptar la sentencia proferida en el extranjero por diversas razones, entre las que se encuentran haber producido la sentencia con causales de disolución del matrimonio que el país no acepta o, incluso si las acepta, el nivel de exigencia sea diferente en otro país; estimaciones sobre competencia del juez que tomó la decisión o que se incumplieron las reglas del foro aplicables al caso, acatamiento de los demás elementos del debido proceso y derecho de defensa, problemas relativos a la práctica y análisis de la prueba, cumplimiento de formalidades para la recepción del documento como traducciones, apostillamientos, tránsito a través de las vías diplomáticas o consulares.

Con la negativa a conceder el exequátur o acoger la decisión de terminación del matrimonio tomada en otro país el individuo que casado ante algunos Estados, pero en el que se disolvió el vínculo quedaron libres, es decir que para el país que declaró la terminación el sujeto puede casarse o formalizar una unión marital de hecho con otra persona, los hijos que tenga la mujer no serán atribuidos al marido, no se deben alimentos mutuos, y no se le comunicarán las ventajas que obtenga como trabajador para beneficio familiar; pero en el Estado que se negó a recibir la decisión, será todo lo contrario; lo que alguna parte de la doctrina denomina *matrimonio claudicante*²⁹.

Por otra parte y como se vio, la disolución matrimonial puede no ser objeto de decisión judicial por ser automática (matrimonios condicionales) o porque es un

29 Encuentro esta denominación en: Wolff, M. *Derecho Internacional Privado*. Barcelona (1958): Bosch, 334-335. Trad. Antonio Marín López

acuerdo formal de voluntades que se formaliza ante alguna autoridad administrativa y no conduce a una sentencia, lo que impide de plano esa recepción.

3. Consecuencias jurídicas del rechazo de una decisión sobre estado civil. Una visión empírica de la problemática que se plantea.

Al estudioso de las ciencias humanas todavía le parece apropiado el método de la que puede abstraer la cuestión y permitir una serie de formulaciones generales que permitirían resolver los casos directamente (un método deductivo) y esa forma escolástica de reflexión se proyectó con fuerza en el Derecho internacional privado, que en gran medida tuvo su génesis en la época en que el sistema estaba en su apogeo, pero no es el más apropiado de los métodos para intentar obtener soluciones alguna problemática jurídica y quizá toque aquí hacer el ejercicio de ver algún caso ideal y ajustable según nos parezca útil para la explicación³⁰.

El primero podría ser: Luisa y Javier –colombianos–, contrajeron matrimonio en Colombia. Viven en el país en una condición regular y luego se domicilian en Madrid y pasados unos años, Luisa promueve un proceso de divorcio unilateral bajo las reglas de la citada ley 15 de 2005 y aunque su marido no le satisface esa actuación, el juez decreta el divorcio. Luego de esto Luisa, se traslada a Bogotá y pretende obtener el reconocimiento a esta situación para poder contraer un nuevo matrimonio pero la Corte Suprema local le niega el exequátur porque esa forma de divorcio no está contemplada en la ley interna, por lo que se devuelve a España y contrae allí matrimonio con Paul un ciudadano francés. Procrea luego un hijo en ese segundo matrimonio, que a la luz del Derecho español tiene a Paul su consorte como padre, pero para el Derecho colombiano el padre será de Javier y seguirá siéndolo hasta que se impugne la paternidad, proceso que tendría por fuerza que adelantarse en Colombia, porque es aquí donde todavía está vigente y operando la presunción de paternidad.

Por su parte, Javier volvió a su Colombia, hizo una fortuna y falleció, sin herederos por lo que el “Instituto de Bienestar Familiar” (heredero residual en este país), reclama la herencia y ya adelantado el proceso aparece Luisa reclamando esa herencia para su hijo, para lo cual le basta registrarlo como hijo de Javier (para Colombia lo es porque fue la autoridad colombiana la que la mantuvo casada al no conceder el exequátur) y si el Instituto de la familia no se apresura a impugnar la paternidad³¹ ese muchacho se queda con la herencia como hijo. Si seguimos con la truculenta novela, tenemos que una vez consolidada la condición de heredero y en firme la sucesión, Luisa en

30 Uno de los más reconocidos gestores del Derecho internacional privado moderno, el juez norteamericano y profesor de la Universidad de Harvard, Joseph Story, hizo su exposición –*Commentaries on the Conflict of Laws* (1834)– de manera casuística y le enseñó al mundo lo útil para el Derecho internacional abandonar las formulas y teorías y tomar las realidades como método de apoyo para la solución de los problemas jurídicos.

31 Solo puede presentar la demanda dentro de los 180 días siguientes a la fecha en que se enteró de la existencia del heredero (inc. 1.º, art. 7, L. 1060/06 Co.); pero primero tendría que enterarse de la existencia de Paul y demás pormenores del asunto.

representación de su hijo, impugna la paternidad presunta de Javier (lo puede hacer en cualquier tiempo), arregla en Colombia la situación filial y todo concluido.

En este ejemplo se perjudicó un eventual heredero de Javier; pero veamos otra posible situación. Esta vez pensemos en que la suerte sonrió a Luisa y que al morir sin herederos (el niño había muerto), tiene bienes en Colombia donde figura como casada con Javier³² que reclama su herencia como esposo compartiéndola con ascendientes de Luisa si los llegase a haber; pero Paul el marido, se tendría que enfrentar a un complejísimo proceso, a fin de obtener que los jueces colombianos le reconozcan, como mucho, una unión marital de hecho derivada de la convivencia con Luisa y le asignen algo de los recursos a título de gananciales de la sociedad patrimonial derivada de la unión.

Pero ahora imaginemos a Camila y Manuel, una pareja de bolivianos que se encontraron en Colombia, aquí se casaron, registraron su matrimonio tanto en este país como en el de origen. Pasado un tiempo se divorcian de mutuo acuerdo ante notario público en Colombia y cada uno por su lado termina otra vez viviendo en su patria y Manuel demanda su divorcio de Camila ante los jueces bolivianos probando que no hay convivencia (porque el divorcio en Colombia no tendría cómo ser reconocido por no ser sentencia judicial). Aparece, por una parte, la duda sobre desde cuándo se debe tomar por disuelto el vínculo de la pareja y qué pasa con los efectos matrimoniales que pudieron producirse en ese tiempo intermedio entre los “dos” divorcios. Años después Manuel llega a España con Cecilia la hija de Camila y allá se casa con ella (no lo podría hacer en Bolivia, a menos que obtuviera dispensa, tampoco en Colombia y aquí no existe tal dispensa). Pasados unos años Martín pretende ese matrimonio sea anulado y no lo podrá hacer bajo las reglas españolas, pero como en Colombia y en Bolivia esa situación es irregular le bastaría intentar la nulidad aquí y la obtendría seguramente porque se casó con su antigua hijastra.

Como se nota, no aceptar la disolución del matrimonio directamente lleva a que se presente una serie de distorsiones de la situación jurídica de los propios casados, que los puede afectar a ellos, pero también a terceros y aún más a la institucionalidad.

4. El estatuto personal y su alcance. ¿Existe un reconocimiento de este estatuto?

El casado que se encuentra fuera del lugar donde contrajo matrimonio y pretenda cuestionar la existencia, validez, o terminación de la relación intentará que la autoridad local le defina su situación, (al fin y al cabo está sometido a sus reglas). Esa autoridad deberá resolver si es competente para decidir sobre este asunto y, de llegar a la conclusión de tener competencia, se preguntara ¿Bajo qué reglas se toma

32 Si Luisa fue cautelosa, ha debido intentar (como pretensión subsidiaria del proceso de exequátur) que se le reconociera esa sentencia Española como de simple separación de cuerpos y con ello la sociedad conyugal se habría extinguido.

la decisión? Tomada la decisión, aparece el asunto de cómo hacer para que el lugar donde se celebró el matrimonio (u otro Estado) acepte que ya no tiene vínculo jurídico matrimonial con esa persona.

Cuando la Europa continental y buena parte de las regiones periféricas estuvo bajo el dominio imperial romano, el régimen jurídico era común y la autoridad una sola, pero con las invasiones bárbaras, cada pueblo trajo su propio Derecho y fue necesario procurar dar una respuesta al tratamiento que debía darse a las situaciones jurídicas que, siendo establecidas bajo un determinado régimen, iban a producir efecto en otro país o región cuyo régimen difiriera sustancialmente.

Con la arrogancia que le es propia, cada soberano local se negó a aceptar que su autoridad o incluso “su verdad” fuese contradicha por nadie, de lo que se deriva el principio de que todos los que se encuentren las fronteras jurídicas del príncipe quedaran sometido a sus disposiciones, sin importar su origen o sus apreciaciones, y de eso no queda duda respecto de esas actuaciones potencialmente aptas para lesionar el interés colectivo, el orden público u otro asunto que estime importante el gobernante de turno. El soberano colombiano tiene esta regla: “Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades” (inc. 2°, art. 1649 C. N. Co.)

En cuanto a aquellas materias que no tienen aptitud para afectar el interés general ya no es necesario tanto rigor y podría aceptarse que algunas situaciones jurídicas o actos de carácter privado que provengan del exterior tengan eficacia, siempre que se puedan probar y se cumplan otros requisitos exigidos por la norma interna. Habrá que decidir si el Estado receptor impone la norma local en toda su extensión o admite que las reglas extranjeras que dieron origen a la situación jurídica regulen los efectos de la situación.

La doctrina jurídica de los albores del Renacimiento identificó un difuso método que toma el nombre de *estatutos* jurídicos³³ encaminado a dar una solución a esos interrogantes y que procuran establecer cómo y en qué condiciones una situación jurídica establecida conforme a las reglas de un Estado puede ser aceptada o rechazada por otro, entre los que distinguía un “*estatuto real*” relativo a esas actuaciones que afectan la propiedad y otros derechos sobre bienes ubicados en los países y un “*estatuto contractual*” denominado por muchos “mixto” que pretende determinar las reglas aplicables a la formación o disolución de los contratos o actos jurídicos realizados en un Estado, pero cuyos efectos (obligaciones) se darán en otros países.

33 Se atribuye a los glosadores italianos en especial a Bartolo de Sassoferrato la estructuración de la “teoría estatutaria”. De Orue y Arregui. *Manual de Derecho Internacional Privado*. Madrid (1952): Reus, 352.

El asunto del estado civil quedó cobijado por un **estatuto personal**, que en general propone que todo individuo tiene aquel estado civil adquirido de manera legítima bajo las reglas de una nación y tendrá plenos efectos en otro. A pesar de lo combatida que está actualmente la teoría "estatutaria", el jurista nunca olvida esta fórmula, porque un sujeto de Derecho es en buena medida su estado civil y allá donde va, se lo lleva.

Al llegar las modernas codificaciones, esos estatutos tuvieron algún reconocimiento positivo. El Código Napoleón en su artículo 3º, dispuso: "Las leyes relativas al estado y la capacidad de las personas rigen a los franceses, aunque residan en país extranjero", lo que contrario sensu, permite concluir que las autoridades y jueces franceses aceptan que, en materia de estado civil, los extranjeros se regirán por su ley nacional.

La norma positiva colombiana acoge ese sistema:

"Los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero, permanecerán sujetos a las disposiciones de este código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles:

1. En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en alguno de los territorios administrados por el gobierno general, o en asuntos de la competencia de la unión.

2. En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior" (inc. 2º, art. 1649 CC Co.).

La proposición colombiana (o la francesa) es clara, pero necesariamente está incompleta porque omite la conclusión de cómo enfrentar un asunto en la práctica. Podríamos obviar ese problema haciendo de improvisados legisladores, aunque habría que optar entre dos soluciones: "en consecuencia, la constitución, modificación y extinción del estado civil de los colombianos, se someterá exclusivamente la ley colombiana y solamente son competentes para decidir la materia los jueces y otras autoridades nacionales según lo disponga la ley" o, si se acepta que las autoridades de aquellos países en los que se encuentre radicado el nacional, adopten decisiones en la materia, se diría: "las decisiones tomadas por autoridades extranjeras que afecten el estado civil de los colombianos, sólo serán eficaces cuando tales autoridades hayan aplicado las disposiciones de este Código. En caso contrario, tales decisiones son ineficaces de pleno Derecho y por ende el nacional mantendrá su estado civil anterior".

Un extranjero radicado en nuestro país no podría someter sus cuestiones de estado civil a autoridades nacionales o administrativas (en el primer caso) o de llegar a admitirse que pudieran acudir a las autoridades competentes colombianas en materia de estado civil, estas tendrían que decidir con base en la legislación nacional de ese

extranjero (la segunda opción). Las decisiones que no se ajustaran a esos preceptos no serían tomadas en cuenta³⁴.

Aunque localista y excluyente, la aplicación rigurosa de la *ley personal* soluciona el problema porque fija la norma aplicable y el juez competente, que no da lugar a conflictos serios al someter el matrimonio a un único régimen oponible a todos y aunque a los demás países no les parezca elegante, quedarían facultados para adoptar unas reglas similares y todos sabrían precisamente cuándo sus jueces son competentes y qué normas aplicarían en un caso dado y no habría discusión en ninguna parte, porque se sigue rigurosamente el principio de incorporar a los negocios jurídicos las reglas vigentes en el momento de celebrar el acto³⁵.

Ahora bien, esa regla no lo resuelve todo ya que se basa en el sujeto individual, pero al trasladar la regla al matrimonio, que tiene dos sujetos (¿o más?) que pueden tener nacionalidades diferentes y tocaría decidir el régimen aplicable a ese matrimonio. Sigamos con nuestro papel de legislador tratando de dar una sana respuesta para el régimen matrimonial lo que nos lleva a indicar a renglón seguido de cualquiera de las dos proposiciones anteriores: "En el evento de situaciones que afecten el matrimonio, cuando los contrayentes sean de dos nacionalidades diferentes, se tomará como nacionalidad de los contrayentes, para efectos de determinar la autoridad y la norma aplicable, la del lugar de celebración del matrimonio, a menos que la nacionalidad de alguno de los contrayentes sea tomada como la del matrimonio, por disposición legal o por acuerdo formal celebrado de acuerdo con las reglas de constitución de dicho matrimonio"³⁶. Para completar el cuadro normativo, nos faltaría enfocarnos en la pérdida de la nacionalidad, con un pequeño párrafo que dijera "la pérdida de la nacionalidad no afecta la situación de estado civil, pero los actos futuros que afecten tal estado se someterán al régimen de su nueva nacionalidad según lo consagrado en los incisos anteriores". Y pongamos algo de equilibrio al sistema: "Los extranjeros tendrán un tratamiento recíproco por parte de las autoridades administrativas y judiciales de la Nación".

34 Si seguimos la farragosa exposición de Savigny tendríamos que la ley aplicable al caso sería la *lex originis* que determina el *forum originis*, y que solo se encuentra en algunos países que, según el autor, no se distinguen por su calidad jurídica (Francia, algunos cantones suizos y quizá Prusia). SAVIGNY, F. K. *Sistema del Derecho Romano actual*. Granada (2005): Comares, 1368-1372. Trad. Jacinto Masía y Manuel Poley

35 No serían estrictamente contrarias al sistema, porque en el estatuto real en cierta medida funciona así, ya que los actos y decisiones judiciales que puedan afectar la situación jurídica de bienes ubicados en el país se someten a las leyes nacionales, no importa el lugar donde se produzcan esos actos. Además se ajusta al sistema general, porque los Estados manejan los asuntos de los nacionales, y así, como cuando un sujeto pierde su pasaporte no tiene otro remedio que recurrir a sus autoridades para que se lo repongan, de igual manera cuando pierde el estado civil hará lo propio, pero en otros casos, cuando quiere reclamar alimentos tendrá que ir a la autoridad local, porque esa necesidad no da espera.

36 Salvo algunas escasas legislaciones que consagran algún tipo de patriarcado, hoy no será posible atribuir a uno de los contrayentes la nacionalidad del matrimonio, pero se puede admitir que los contrayentes previsivos puedan fijar en el contrato de matrimonio (o capitulaciones) escoger entre la nacionalidad de cualquiera o el régimen del lugar de celebración del matrimonio.

Con lo anterior se tendría una solución sustancial y procesal con aplicación del estatuto personal, que remite a la ley nacional (personal), tanto en la constitución del estado civil como para la modificación de ese estado, en lo relativo al matrimonio.

El estatuto personal basado exclusivamente en la ley nacional del sujeto, dejando por fuera la aplicación de cualquier regla de las autoridades locales del resto del mundo implicaría una especie de radicación jurídica que haría que la ley nacional rigiera estas materias por siempre; pero no por viable deja de tener reparos en la práctica. Si se adopta la primera fórmula, se obliga a los sujetos a trasladarse a al lugar de la nacionalidad para ejercer sus derechos con posible sacrificio de sus intereses si no se cuenta con los recursos necesarios (recuerdan a los bíblicos José y María y el asunto del censo), aunque se podría paliar en algo llevando el Derecho nacional al país extranjero por intermedio de agentes consulares.

Pero si se admite que ventilen sus asuntos sobre estado civil ante la autoridad del lugar donde se encuentran radicados, la aplicación de la regla extranjera de los casados puede chocar con el régimen interno, ya que la autoridad quizá le toque adoptar una decisión contraria a su Derecho local, en temas en los que quizá no puede claudicar; por ser contrarios a su “modo de ser” jurídico; eso sin contar con lo difícil de aceptar que un juez o autoridad pueda tomar decisiones con base en leyes extranjeras, que objetivamente desconoce, porque su experticia funcional y especialmente cualificada se predica únicamente respecto de la normatividad nacional, y en cuanto a leyes y costumbres extranjeras, interpretación y fijación de su alcance, es tan novicio que no aprobaría el examen que lo habilitaría para el foro³⁷.

Por ello, la doctrina posterior, muchos tribunales y luego algunas normas positivas de Derecho internacional privado, se inclinaron por recortar la utilización de la ley nacional del sujeto en la constitución y régimen y modificación del estado civil, admitiendo la aplicación de la ley local en casos que involucren extranjeros, con lo que aparece el concepto de *lex fori* (*lex domicilii –forum domicilii*, en la explicación de Savigni), que algunos países acogen como única opción y otros como método para corregir las eventuales injusticias derivadas de normas personales contrarias a la moral o el Derecho locales. La aplicación de la ley del país receptor en materia de estado civil, frente a la ley personal del sujeto, obvia el problema de la aplicación de reglas extranjeras y elimina tratamientos discriminatorios entre locales y extranjeros, pero puede contradecir frontalmente las reglas propias del matrimonio que celebraron los interesados e incluso derechos adquiridos.

Nótese lo variada y variable aplicación del estatuto personal:

37 El juez no podría tomar la ley extranjera como base de su decisión sino apenas tomarla como elemento de juicio o prueba del conflicto, como hace con las normas que establecen las partes en el contrato, y para fallar tomaría su propio Derecho. Y por cierto, si la cuestión a decidir es compleja o dudosa tendría que apoyarse en un perito en la disposición jurídica foránea.

Alemania pasó en 1900 con la L. I. C. C., del *principio* del *domicilio* al de *la nacionalidad*, que antes sólo había regido en Baden, y, en medida limitada, en Sajonia. Este principio, en cuya adopción *Francia* se adelantó todos los demás estados (art 3° CC), impera en *la mayoría de los países de Europa* y en algunos *Estados de la India occidental*. Obsérvese sin embargo, que en Francia, y Bélgica rige sólo con limitaciones, pues no se aplica a las sucesiones ni al sistema económico matrimonial. El *principio del domicilio* se encuentra en *Inglaterra* y las demás partes del British Commonwealth of Nations, incluso en Escocia y Sudáfrica a pesar de sus bases jurídicas romanas, lo mismo que en la jurídico-francesa Quebec; luego en *Irlanda*, los *Estados Unidos* y dentro del continente europeo Dinamarca y Noruega; también *Islandia*, en los Estados latinoamericanos del Plata: *Argentina* (que de 1857 a 1869 anudó la nacionalidad), *Uruguay* y *Paraguay*; después en *Brasil* (que tuvo el principio de la nacionalidad de 1916 a 1942), *Nicaragua* y *Guatemala* (que se atuvo a la nacionalidad de 1894 a 1916). Hay también tipos mixtos. Por ejemplo *Suiza* aplica el principio del domicilio a los extranjeros en el interior; pero aplica el derecho nacional a los suizos que se hallan en el extranjero aunque con la salvedad de que si el estado de domicilio les aplica el derecho local Suiza hace lo mismo (art. 28 NAG). Algunos estados latinoamericanos chauvinistas jurídicos (W. Goldschmidt) juzgan a los extranjeros en el interior por el derecho del domicilio y a los nacionales en el extranjero por su derecho nacional obre como obrare el Estado del Domicilio, así en especial *Chile*, *Bolivia*, *Perú*, *Ecuador*, *Colombia* (en controversia permanente) y Méjico" (destacados originales)³⁸.

La teoría de los estatutos trata de ser ajustada en el Derecho internacional con un, todavía más impreciso, método que permite al juez escoger una *ley del conflicto*, sirviéndose de ciertos *factores de conexión* (domicilio, nacionalidad, asunto debatido, repercusiones del mismo en otros Estados), que propone que en el evento de colisión entre la norma extranjera y la local se busque la regla aplicable al caso según unos criterios conformidad entre la ley extranjera y la local buscando un mayor calidad en la decisiones, cuya valoración depende, desafortunadamente, del juez de turno y sus propios prejuicios jurídicos³⁹.

Dejar a cada estado adoptar la norma para el conflicto que se considera es la más apropiada y esperar que los demás Estados comulguen con esa solución es utópico, pero existen medios que permitirían acercamientos, como el consagrar que al extranjero se le dará el mismo tratamiento que en su país de origen le den en la misma situación a un nacional –*reciprocidad*–, e incluso uno mejorado que consiste en pactar por anticipado cuál tratamiento que se dará al respectivo caso en los Estados

38 Kegel, G. *Derecho Internacional Privado*. Bogotá (1982): Ediciones Rosaristas, 260-261. Trad. Miguel Betancourt R. Esto, por supuesto, está parcialmente modificado por reglas posteriores, especialmente las de la Unión Europea.

39 Dice el profesor mexicano Rojas Amandy, V. M. *El Método de las Normas de Conflicto* en González N. *Lecciones de Derecho Internacional Privado Mexicano* México D. F. (2007): Editorial Porrúa – UNAM, 228: "Como bien se advierte, según Savigny, existe un sistema nacional (local o extranjero) que resulta más adecuado, idóneo o razonable para regir una relación jurídica. En consecuencia, la norma de conflicto debe declarar la validez exclusiva de dicho sistema para solucionar el conflicto".

suscriptores del acuerdo –*tratados o convenciones de Derecho internacional privado*– o producir un sistema normativo común a los asuntos que tengan que involucrar relaciones entre sujetos extranjeros y locales creando organismos supranacionales con capacidad legislativa y de obligatoria aceptación en los países miembros del acuerdo de integración –*comunidades o uniones*–, soluciones todas que se han explorado y consagrado para tratar de superar la dificultad planteada.

Pero el problema no es sólo reconocer cuál es el juez y la regla foral que se aplica en un determinado caso, sino conseguir que, una vez consolidado un determinado estado civil todos lo tengan como tal, de manera automática (con los requisitos de prueba o de registro que se estimen apropiados). Hagamos un contraste, en estas materias y veamos la diferencia. Un individuo oriundo de un Estado cambia su nacionalidad –sin sumar la nueva a la anterior como se ha vuelto moda– y al regularizar su condición de nacional de otro lugar, pasa ante todos los demás estados como ex nacional de su país de origen y si decide pasar por su antigua patria, llegará exhibiendo el pasaporte expedido por su nuevo soberano. Ahora bien, si ese mismo sujeto que perdió su nacionalidad anterior, tenía un matrimonio y en su nueva Nación ocurrió la disolución de su matrimonio tendrá que esperar a que los demás países, especialmente aquel en el que celebró el matrimonio (o el de su nacionalidad) le dé un *agrément* jurídico para que se acepte que ya no está casado.

5. Posesión (notoria) del estado civil ante el Derecho internacional privado.

Rodear los actos de formalidades y establecer un amplio sistema de publicidad de los actos y hechos jurídicos de especial trascendencia social, no fueron garantía de la conservación de la información, por lo que el Derecho se vio en la necesidad de respaldar algunas situaciones que podían aparecer como constituidas conforme a Derecho aunque en realidad no lo fueran y hasta admitirse que pudieran adquirir la necesaria firmeza jurídica si en el curso de varios años nadie se había tomado la molestia de discutir las controvirtiendo con los respectivos soportes probatorios la imagen legítima que se presentaba.

Esta concepción que lleva a reconocer y defender la posesión de bienes y otros derechos, así como la prescripción adquisitiva, se extiende también a las situaciones personales del sujeto en toda esa amplísima variedad de condiciones que se exigían en las culturas primarias para poder tener acceso al sistema jurídico, en especial el *estatus libertatis*, el *estatus civitatis* y el *estatus familiæ*, de modo que quien pasaba por libre, por romano, por hijo se tenía por tal siempre que su condición fuera pública, no controvertida y perdurara en el tiempo⁴⁰.

40 La convivencia *more uxorio* entre varón y mujer libres y célibes daba lugar a la usucapión de la mujer; que terminaba bajo potestad o *manus* del marido al cabo de un año ininterrumpido de convivencia: “*usu in manu conueniebat quae anno continuo nupta perseverabat; quia enim ueluti annua possessione usucapiebatur*” (Gayo, Inst. I, III).

Del Derecho romano y por intermedio del Derecho francés, llegó hasta nuestros días el concepto de la posesión notoria del estado civil que permite dar por cierta la condición de casados (o la de padre e hijo) cuando existe el trato y la fama de tales —*nomen, tractatus et fama*—⁴¹, que en materia de matrimonio aparece así en el actual Código Civil colombiano.

“La posesión notoria del estado de matrimonio consiste, principalmente, en haberse tratado los supuestos cónyuges como marido y mujer en sus relaciones domésticas sociales; y en haber sido la mujer recibida en ese carácter por los deudos y amigos de su marido, y por el vecindario de su domicilio en general (art. 396 CC Co.).

A pesar del restringido efecto que hoy tiene la posesión notoria (tanto la de casado, como de hijo) y que ha perdido prácticamente toda importancia en el Derecho interno con la mejora sustancial del sistema de registro civil, encuentro que en las relaciones de Derecho internacional privado este concepto puede ser de mucha utilidad, especialmente para un Estado que se haya abstenido de aceptar una determinada decisión relativa al estado de la persona, pero no puede impedir que esta asuma su condición adquirida.

Así ese Javier que nos sirvió antes de ejemplo llega a Colombia desde España como divorciado unilateralmente, pero nadie podrá exigirle que se comporte como el marido de su antigua esposa que pretende este país, (además de que no lo va a hacer) y se comportará como célibe y si no puede llegar a casarse en estas tierras lo hará en otro país y ahora sí vendrá con su nuevo estado civil. En pocas palabras va a actuar de hecho en su nueva condición y será necesario tolerar esa situación y seguramente tendrá que aceptarse que produzca efectos, como será la inscripción de su nueva cónyuge (como compañera permanente) en los programas de seguridad social y no habrá como obligarlo a compartir con su antigua esposa los bienes adquiridos después del pronunciamiento de las decisiones judiciales de terminación del vínculo⁴².

Tal como un individuo rara vez requiere probar la titularidad jurídica de sus bienes o su condición de casado o padre; al presentarse la terminación de su vínculo matrimonial, que no es formalmente aceptado en otro Estado, le bastaría poder comportarse como “no casado”, es decir tener la posesión notoria de ese estado y se

41 Desde el Derecho romano estos son los elementos de la posesión notoria del Estado Civil. “El apellido, *nomen*, que hace considerar a quien lo lleva como miembro en determinada familia; el tratamiento recíproco *tractatus*, como marido y mujer o como padres e hijos legítimos y la reputación, reconocimiento o aceptación, fama, de los deudos y amigos y del vecindario de su domicilio que los han tenido como tales marido y mujer o como tales padres e hijos legítimos”. Claro Solar, L. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, vol. II, tomo IV. Santiago (1979); Editorial Jurídica de Chile (edición facsimilar), 98.

42 Esto también permitiría dar solución al tema de los matrimonios informales que todavía subsisten en algunas legislaciones. Porque estos matrimonios si no fueron reales, por falta de convivencia y publicidad, no se debían tomar en cuenta por el Derecho, pero cuando hay *tractatus et fama*, deben tener todo el respaldo jurídico. Ver el caso *Darlymple vs. Darlymple*, citado en Arechederra L. *Los Matrimonios Irregulares en Escocia*. Madrid (2004); Dykinson, 37-40.

aceptaría es condición, con lo cual la decisión jurídica y formal de rechazar la disolución de su primer matrimonio cae al vacío.

Y porqué no pensar en que el matrimonio (válido a la luz del sistema jurídico local, pero inaplicable en la práctica) sea declarado en suspenso por el transcurso de un tiempo prudencial, sustituyendo de facto la negativa formal a aceptar la decisión proferida en el exterior⁴³.

Claro, para no alarmar a los juristas ortodoxos, habría que dejar claro que la posesión notoria y el paso del tiempo no sanean aquellas situaciones contrarias a derecho que puedan calificarse de objeto ilícito y por eso no podría legitimar matrimonios incestuosos o con impúberes, porque habría un estado civil **contra legem** y en algunos casos con el carácter de conducta punible y tocaría dejar al Estado receptor una vía de escape tendiente a impedir la regularización de esa situación o incluso para poder modificarla.

6. Una propuesta, a manera de conclusión.

El estatuto personal con todas sus dificultades intentaba dar unos criterios para solucionar el conflicto de situaciones de estado civil, e incluso las teorías modernas sobre la regla del conflicto tiene ese objetivo, pero para los creemos que el Derecho no está para resolver los conflictos sino para evitarlos, generando principios generales que puedan aplicarse sin mayor "información oficial" tanto por autoridades como por particulares, me parece imprescindible fijar un criterio general de aceptación inmediata y automática de la disolución del matrimonio .

La única solución que se me ocurre es promover a nivel doctrinario y normativo un sistema –cercano al de los estatutos, por cierto⁴⁴, que permita el reconocimiento y aceptación de la **situación jurídica consolidada**, que se pueda contrastar con la **relación jurídica actual** y, más aún, con la **configuración jurídica futura**.

La **situación jurídica consolidada**, aunque no lejana del concepto de **derecho adquirido**⁴⁵, parte de la base de que una vez que se produzca un hecho o un acto o una decisión judicial que genere una relación jurídica oponible de manera general y

43 En el Derecho colombiano encuentro un caso que se asemeja a lo que aquí se propone, porque se permite el establecimiento de una unión marital de hecho para aquel individuo casado pero separado de bienes (arts. 2° y 4° L. 54/90 Co.) Una vez establecida la unión de hecho, el matrimonio queda "congelado" en sus efectos jurídicos y solo tiene relevancia esta unión de hecho (en lo económico, laboral, de régimen familiar, presunción de filiación, etc.).

44 Buena parte de los juristas modernos tienen serios reparos a la teoría estatutaria, lo cual académicamente puede ser defendible, pero en mi criterio, cambiar una herramienta para afrontar una problemática jurídica, así no sea la mejor, por ninguna herramienta, lo único que hace es empeorar la situación y si actualmente hay desconcierto aplicando esas fórmulas, sin ellas sería el caos.

45 Los derechos adquiridos son factores de conexión para la determinación la regla del conflicto, pero incluyen las obligaciones, que no se podrían tomar como situaciones jurídicas consolidadas, porque están supeditadas al cumplimiento por el deudor y por eso las pasamos al "saco" de las relaciones jurídicas actuales.

con vocación de permanencia, se tome por la comunidad internacional como **hechos jurídicos** y por ende no sea valorables bajo la óptica de su propio Derecho, menos aún para descalificarlo⁴⁶; salvo que llegue a ser intolerable respecto de la norma de orden público, o la moral social interpretada a la luz del desarrollo cultural generalmente aceptado por la comunidad internacional.

Son situaciones jurídicas consolidadas, entre otras, las que se refieren a la existencia jurídica (identidad y denominación, vida, muerte, edad), nacionalidad, estado civil constituido formalmente: matrimonio y su disolución, filiación (por procreación natural o asistida⁴⁷ y adopción), interdicción por discapacidad mental, representación legal de incapaces⁴⁸. Salvo lo relativo al matrimonio y su disolución, es seguro que así no lo diga el derecho internacional, las demás situaciones son aceptadas por un país extranjero, bastando algún tipo de prueba que pueden aceptar hasta los funcionarios administrativos de menor rango.

Pero claro, al sentar el principio y fijar su alcance, la situación jurídica consolidada abarcaría los derechos de propiedad y demás derechos reales ("absolutos" y "perpetuos" por definición), así como la propiedad intelectual. Aunque con algo de duda, incluyo dentro de las situaciones jurídicas consolidadas las disposiciones testamentarias del individuo que ya ha muerto, al quedar como irrevocables.

Y para no quedarnos cortos, entrarían en el carácter de situaciones jurídicas consolidadas, aquellas que se poseen ostensible y públicamente, con lo cual se daría cabida a la posesión notoria del estado civil (matrimonial o filial), a las uniones maritales de hecho (aún las homosexuales), a las figuras familiares no establecidas formalmente, como el acogimiento familiar o por solidaridad y otras formas de protección de infancia y adolescencia; así como la posesión de la propiedad.

Las **relaciones jurídicas actuales** que son efecto de situaciones jurídicas consolidadas o provengan de actos o negocios jurídicos (ejercicio de los derechos y todas las obligaciones), tendrán que regirse por el derecho local ya que ponen en ejercicio

46 En el sistema de adopción internacional, de la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993 se sigue ese mecanismo. Todo lo relacionado con la adopción se regula por el Estado de Origen o sea aquel en que producirá la adopción (configuración) (arts. 20, 21, 28), y una vez establecida la filiación con los adoptantes, el país receptor y todos los demás se acogen a ella (arts. 23 y 24) (situación jurídica consolidada), pero los efectos la relación filial se regirán necesariamente por la ley local (relación jurídica actual), y aunque la convención de La Haya no lo hiciera expreso, en la Convención Interamericana de la Paz, de 1984 sobre esta materia, sí se consagró (art. 9).

47 Pocos países han regulado la procreación asistida, en el campo puro de la filiación, pero es claro que una fecundación completamente heteróloga (en la que se utilizan embriones o gametos provenientes de terceros) o derivada de la maternidad subrogada o locación de vientres, debe ser aceptada país receptor como llegue, pero si se pone en controversia ante ese Estado se hará bajo sus normas.

48 Me parece dicente en esta materia la relación que trae la ley colombiana sobre hechos que se deben inscribir en el de registro civil: "(...) nacimientos, reconocimientos de hijos naturales, legitimaciones, adopciones, alteraciones de la patria potestad, emancipaciones, habilitaciones de edad, matrimonios, capitulaciones matrimoniales, interdicciones judiciales, discernimientos de guarda, rehabilitaciones, nulidades de matrimonio, divorcios, separaciones de cuerpos y de bienes, cambios de nombre, declaraciones de seudónimo, manifestaciones de acercamiento, declaraciones de ausencia, defunciones y declaraciones de presunción de muerte (...)"

directo la regla y sería difícil permitir la aplicación de la regla de origen no sólo por las características de cada régimen como por la extensión y variedad de estas relaciones. Así, el régimen de visitas a los hijos, o la obligación de alimentos se determinaría por las reglas del domicilio e incluso de la residencia actual permanente de los cónyuges o del demandado en caso de no ser común la residencia, la ejecución de los contratos se daría según la ley del lugar en que se hayan de producir sus efectos. Las obligaciones emanadas del contrato también se regirán por la ley local.

Por último, toda modificación o extinción de una situación jurídica consolidada –algo que bauticé como **configuración jurídica**– se regirá por la ley del lugar en que se genera la modificación. Quien se encuentre domiciliado o residenciado permanentemente en un Estado pretenda se anule su matrimonio o se decrete el divorcio o se declare alguna situación de extinción definitiva del vínculo planteará ante los jueces locales una acción para la **configuración** de esa situación jurídica consolidada, a fin de que los jueces se pronuncien y lo harán siguiendo sus propias reglas, de modo que una vez se pronuncie definitivamente el juez o la autoridad competente y su decisión quede firme llegue a tener el carácter de situación jurídica consolidada oponible a todos.

V. Gr: el juez español al que se le plantea la nulidad del matrimonio de bolivianos que se celebró con la hijastra política en España (afín en segundo grado línea directa) no lo decretaría, pero se le puede pedir el divorcio unilateral y lo concede, con lo que generó la nueva situación jurídica que al estar consolidada todos tendrían que aceptar. Como ese divorcio se aceptaría **ipso facto**, en cualquier otro país se tendrían como divorciados (si la extinción del vínculo hubiera sido por muerte, habría viudez sin discusión), pero al llegar a otro país pretende reclamar indemnizaciones o la custodia de los hijos o solicitar la pérdida de la patria potestad o dar sus hijos en adopción y aquí el juez aplica el derecho local en toda su integridad porque se trata de relaciones jurídicas actuales cuyo ejercicio se someterá al país receptor cuando se presente esa ocasión⁴⁹.

Cuando un Estado reciba una situación jurídica consolidada inaceptable –dos niños de 12 años casados contra su voluntad en Nepal–, el juez a petición de parte o de oficio, plantea una cuestión de configuración de esa situación, por razones de orden público y el juez entra a considerarla en la forma prevista para toda configuración jurídica en su propio sistema jurídico.

Si la situación jurídica que se pretende modificar está relacionada con derechos patrimoniales de amplia oposición (absolutos) la **configuración** se regirá por la regla del

49 Aquí operaría un fenómeno que ocurre con la fijación judicial de alimentos y custodia de menores, que está en posibilidad de modificarse, cuando cambian las condiciones que sirvieron de causa de la decisión (aumento o reducciones de capacidad económica del alimentante, modificación de las necesidades, inhabilitación del custodio etc.).

lugar (*lex loci*) dónde se produjo el acto jurídico, o dispongan la *lex mercatoria*, las reglas de internet, las bolsas de valores o productos dando origen a una situación consolidada (dominio) que será acatada por todos, hasta que alguien la intente modificar; es decir, sometiéndola a configuración, que se someterá a los jueces y leyes del lugar donde se plantea la cuestión.

Tratándose de propiedad inmueble se cumplirán las formalidades establecidas por el país en que se encuentre situados (*lex rei sitæ*) por su inamovilidad.

En ese orden de ideas no habría para qué pensar en ley del conflicto. Un Estado con sus autoridades de policía, administrativas o judiciales, aceptaría, respetaría y respaldaría la situación jurídica consolidada real o simplemente notoria. Si esa situación se pone en configuración aplicaría la ley local, cuando por cualquier circunstancia se traba la *litis* en algún país diferente a lugar en que se generó.

Cerremos nuestro ejercicio, retomando la función de legislador internacional, por más veras (es una predisposición genética de los que nos interesamos por el Derecho).

Artículo Primero: "Toda situación jurídica consolidada tiene plena eficacia en cualquier Estado, para lo cual bastará probarla. Los Estados establecerán los medios de prueba hábiles para el efecto y de no consagrarlos utilizarán los mecanismos previstos en el sistema de relaciones exteriores para probar hechos de interés entre Estados.

En el campo personal son situaciones jurídicas consolidadas, entre otras, las que generan, modifican o extinguen el estado civil de las personas, así como las que se refieran a interdicción de personas con discapacidad mental, y representación de incapaces. Igualmente son situaciones jurídicas consolidadas las que establecen relaciones jurídicas de amplia oponibilidad jurídica, tales como la propiedad y los demás derechos reales.

La posesión notoria del estado civil, la posesión de la propiedad y demás derechos reales y cualquier situación fáctica, pública y no controvertida se tomará como situación jurídica consolidada, sin perjuicio del derecho de terceros que estén legitimados para desvirtuarla. Las actuaciones tendientes a desvirtuar las posesiones y situaciones fácticas, se regirán por las reglas de la configuración jurídica futura".

Artículo segundo: "Las actuaciones judiciales y administrativas que conduzcan a una configuración jurídica futura, por generación, modificación o extinción de las situaciones jurídicas consolidadas, se someterá a consideración de los funcionarios del domicilio o residencia permanente de los actores y se decidirá conforme a las disposiciones que regulen la materia en dicho lugar. Cuando los actores se

encuentren domiciliados o residan permanentemente en dos lugares diferentes, el juez o autoridad competente será del domicilio o residencia habitual del demandado.

En toda actuación en la que uno de los actores sea menor, interdicto o persona especialmente protegida tendrá competencia exclusiva para conocer el asunto la autoridad donde esté radicada, jurídicamente o de facto, esta persona”.

Artículo Tercero: “Cuando un Estado, por razones de orden público, interés nacional o protección de poblaciones vulnerables, se vea en la necesidad de abstenerse de reconocer una situación jurídica consolidada de un extranjero domiciliado o con residencia permanente en su territorio, procederá, a petición de parte o del ministerio público, a configurar la nueva situación jurídica conforme a su propio régimen jurídico”.

Artículo Cuarto: “Las relaciones jurídicas que emanan de las situaciones jurídicas consolidadas y en general el ejercicio de los derechos derivados de éstas se someterán las autoridades y normas del lugar en que hayan de tener efecto”.

Artículo Quinto: “Los actos jurídicos encaminados a generar relaciones jurídicas se someten a las disposiciones del lugar donde se celebran o lo establezcan las reglas comerciales aceptadas por la comunidad internacional, pero si se refieren a inmuebles, se someterán a las disposiciones previstas en el Estado en que se encuentren”.

Artículo Sexto: “En los conflictos que puedan derivarse de las relaciones jurídicas emanadas de una situación jurídica consolidada o la configuración jurídica futura, las autoridades administrativas o judiciales competentes tendrán especial diligencia en evitar el fraude por parte de los interesados y en todo caso procurarán prevenir la lesión de terceros que no participen en la actuación, para lo cual admitirán, con la mayor amplitud, la participación de esos terceros en la respectiva actuación incluyendo los representantes de los Estados que dieron origen a una situación jurídica.

Y bienvenida la crítica”.